



Decisão 03723/2022-8 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 06841/2022-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: SESA - Secretaria de Estado da Saúde

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: NICOLAS JOSE ROSSI DA SILVA

Responsável: VALERIA CACCIARI VERVLOET, NESIO FERNANDES DE MEDEIROS JUNIOR

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – SECRETARIA DE ESTADO DA
SAÚDE – INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR –
NOTIFICAÇÃO 10 (DEZ) DIAS – CIENTIFICAR.**

Para deferimento de medida cautelar, indispensável a existência dos requisitos de fundado receio de ofensa ao interesse público e risco de ineficácia de decisão de mérito, além de inexistência de *periculum in mora* reverso, características não atendidas no caso em debate.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1- RELATÓRIO

Trata-se de Representação com pedido de medida cautelar proposta por **NICOLAS JOSÉ ROSSI DA SILVA**, em virtude de supostas irregularidades no **Edital do Pregão Eletrônico nº 479/2022**, da **Secretaria de Estado da Saúde – SESA**, que

tem por objeto a *“contratação de serviços de exames de imunofenotipagem e citogenética”*.

Em síntese, o Representante alega as cláusulas 1.3.1, alínea “c”, 1.3.2, alínea “a” e 2.2, alínea “a” do edital do Pregão Presencial nº 479/2022 caracterizam-se como restritivas à participação do certame, uma vez que não haveria necessidade do registro do laboratório no CRM, por não ser a responsabilidade técnica dos serviços exclusiva do profissional de medicina.

Aduz ainda a existência de irregularidades em relação a necessidade de estrutura física restritiva de 100 km do hemocentro coordenador, entendendo que *“além de diminuir a competitividade, onera demasiadamente os cofres públicos sem uma justificativa técnica”*.

Além disso, com vistas a subsidiar a Representação, o Representante junta aos autos o documento encontrado no evento n. 03 – Peça Complementar 48398/2022-8.

Diante de tais premissas, pugna pela suspensão cautelar do edital e, no mérito, ratificada a medida cautelar, determina-se a alteração das cláusulas supostamente restritivas e, por fim, para que seja republicado.

Em juízo de admissibilidade, conheci a Representação, uma vez satisfeitas as exigências legais e regulamentares para a sua admissão, e entendi prudente, antes de analisar o pleito cautelar, promover a oitiva dos responsáveis.

Nesse sentido, por meio da **Decisão Monocrática (DECM) nº. 00948/2022-8**, determinei a notificação do Secretário de Saúde do Espírito Santo, Srº Nésio Fernandes de Medeiros Junior, e a pregoeira, Sra Valéria Cacciari Vervloet, para que tomassem ciência da representação e para que, no prazo de 05 (cinco) dias improrrogáveis, nos termos do art. 125, §3º, da LC621/2012, se manifestassem sobre as irregularidades apontadas.

Na mesma oportunidade, determinei que ao Srº Nésio Fernandes de Medeiros Junior, Secretário da Saúde do Espírito Santo, que encaminhasse a esta Corte de Contas, preferencialmente por meio digital, cópia integral do Processo nº 2022-46G1B, referente ao Pregão Eletrônico nº 479/2022.

Devidamente notificados, o Srº Né시오 Fernandes de Medeiros Junior, Secretário da Saúde do Espírito Santo, apresentou a Resposta de Comunicação 0466/2022-4 (evento 12), a Defesa/ Justificativa 01307/2022-4 (evento 13) e a Peça Complementar 53472/2022-4 (evento 14), nos quais informa e comprova que no dia 16/08/2022, ou seja, no dia subsequente à interposição da presente Representação, a Comissão Permanente de Licitação (CPL) publicou no Diário Oficial do Estado (DIO-ES) acerca da suspensão do certame concernente ao Pregão Eletrônico nº 479/2022, bem como que o processo está sob nova análise no setor técnico, para as devidas alterações. No que tange à Sra Valéria Cacciari Vervloet, pregoeira, não foi localizada documentação de defesa.

Em seguida, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF, para instruir nos termos regimentais, tendo sido elaborada a Manifestação Técnica de Cautelar 00146/2022-7, na qual apresentou a seguinte proposta de encaminhamento, vejamos:

3 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Seja indeferido o pleito cautelar, uma vez ausentes os pressupostos para a sua concessão, constantes dos incisos I e II do artigo 376 da Resolução TC nº 261/2012;

3.2. Seja dada ciência ao representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013;

Após os autos foram encaminhados a este Gabinete.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – DA ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO

Como sobredito, a análise dos requisitos de admissibilidade foi realizada no exercício da competência monocrática estabelecida pelo art. 94, §2º c/c art. 101, § único da LC 621/2012 e art. 177, §2º c/c art. 186 do RITCEES, de modo que a presente representação restou **conhecida** no momento oportuno.

II.2 – DA MEDIDA CAUTELAR

O art. 124 da Lei 621/2012, ao tratar das medidas cautelares no âmbito deste Tribunal de Contas, preceitua que:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Nesse mesmo contexto, vale citar o art. 376 do RITCEES, que assim dita:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Nota-se, com isso, que esta Corte de Contas dispõe de instrumentos legais que a permitem determinar medidas cautelares que, necessariamente, estarem presentes os requisitos que a doutrina denomina como *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

Ademais, ainda sobre as medidas cautelares, a norma de reenvio elencada no art. 129 da LC 621/2012¹ permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que no caso, sugerem as tutelas de urgência tratadas no art. 300 do CPC. O aludido dispositivo expõe que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo, tratados pela doutrina e jurisprudência como *fumus boni iurus* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora).

Nada obstante, ao analisar os fatos narrados nos autos, nota-se que o representante requer seja deferido o pedido de impugnação para suspender, inclusive cautelarmente, o Edital do Pregão Eletrônico nº 479/2022, da Secretaria de Estado da Saúde – SESA, obrigando o licitante a alterar o item 1.3.1 e 2.2 do certame, reabrindo-se o prazo de habilitação, após ser o edital ajustado e republicado.

A esse respeito, manifestou o corpo técnico, por meio da MTC 00146/2022-7:

(...)

¹ LC 621/2021 - Art. 129. As medidas cautelares previstas neste Título serão regulamentadas no Regimento Interno, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

2. Pressupostos Cautelares

A presente análise restringe-se à verificação quanto à presença dos requisitos para a concessão da medida cautelar estampados no artigo 376 do RITCEES, ou seja, se na presente situação restam caracterizados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

- I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Embora haja previsão para que este Tribunal determine cautelares diante de justo receio de que os responsáveis possam agravar a lesão ou tornar difícil ou impossível a sua reparação, é necessário que o pleito trazido a lume venha calçado em dois requisitos legais, impreteríveis para plausibilidade de tal medida, quais sejam: a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Sobre esses requisitos, HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra "*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*", 16ª Edição, Malheiros, 1995, preleciona o seguinte:

Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito - *fumus boni juris* e *periculum in mora*. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos, nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas o impetrante de lesão irreparável, susando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.
(...)

Portanto, pode-se dizer que os pressupostos da concessão da liminar estão apostos em duas bases, necessitando, pois, a ocorrência de relevante fundamento, ou seja, a parte deve ter direito líquido e certo, que é aquele que deve ser comprovado, como se viu, de plano por meio de prova

documental, ressaltando-se, outrossim, que tal requisito é mais do que o *fumus boni juris*; terá, também, de demonstrar que haverá ineficácia da medida, que do ato impugnado possa resultar, se não atendido, pressuposto este que é precisamente o *periculum in mora*.

O mesmo prestigiado mestre, em sua aludida obra, assim arremata:

“A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do Impetrante, que não pode ser negada quando ocorrer seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade”.

Nesse passo, a medida cautelar não deverá se confundir com a satisfação do objeto da Representação e nem mesmo deverá possuir o escopo de antecipar a tutela cognitiva de caráter meritório, mas tão somente deverá servir como uma garantia de efetividade do pronunciamento jurisdicional.

Assim, passa-se à análise dos pontos questionados pelo autor da representação que requer a concessão de provimento liminar a fim de que seja determinada a suspensão cautelar da tramitação do certame *sub examine*.

2.1 – DA EXIGÊNCIA DO REGISTRO DA PESSOA JURÍDICA NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA COMO QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

De acordo com a Representação, o Pregão Eletrônico nº 479/2022, da Secretaria de Estado da Saúde, para a *contratação de serviços de exames de imunofenotipagem e citogenética*, apresentava, indevidamente, a exigência de que a empresa licitante possuísse **Registro no Conselho Regional de Medicina**, bem como profissional devidamente reconhecido pelo Conselho Regional de Medicina em seu quadro permanente, conforme cláusulas do Anexo III – Exigências para habilitação, abaixo reproduzidas:

ANEXO III – EXIGÊNCIAS PARA HABILITAÇÃO

Para habilitar-se no certame, após a fase de disputa, o licitante deverá apresentar a seguinte documentação:

1 - DA HABILITAÇÃO

1.3 - DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

1.3.1 CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL:

- a) **Atestado de Capacidade Técnica** - comprovação de que o licitante prestou, sem restrição, serviço igual ou semelhante ao indicado no Anexo I do edital. A comprovação será feita por meio de apresentação de no mínimo 1 (um) atestado, devidamente assinado, carimbado e em papel timbrado da empresa ou órgão tomador do serviço.
- b) **Alvará Sanitário** (ou Licença Sanitária/Licença de Funcionamento) da empresa licitante, expedido pela Vigilância Sanitária Estadual (conforme a Lei Estadual nº 6.066/99, art. 40, ou correspondente normatização da sede da licitante e de acordo com a RDC 302 de 13 de outubro de 2005, item 5.1.1;
- c) **Registro da licitante no Conselho Regional de Medicina** (art. 30, I, da Lei 8.666/1993).

1.3.2 CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL:

- a) Comprovação de possuir em seu **quadro permanente**, profissional devidamente reconhecido pelo Conselho Regional de Medicina, com formação na especialidade indicada no Anexo I, e que seja detentor de no mínimo 1 (um) atestado de responsabilidade técnica por execução de serviços de características semelhantes à especificação do Lote disputado, devidamente carimbado e assinado pelo órgão ou entidade pública ou privada declarante, de acordo com RDC 302 de 13/05/05, item 5.1.2.
 - a.1) O referido profissional poderá ocupar a posição de diretor, sócio ou integrar o quadro permanente da empresa licitante, na condição de empregado ou de prestador de serviços, devendo comprovar, obrigatoriamente, sua vinculação com a licitante, até a data da apresentação dos documentos de habilitação, por meio de carteira de trabalho e previdência social (CTPS), contrato de prestação de serviços, ficha de registro de empregado ou contrato social, conforme o caso.

Contudo, o representante argumenta que a realização de exames laboratoriais não é atividade de responsabilidade técnica exclusiva de profissionais de medicina.

Em relação ao questionamento, o Secretário de Estado da Saúde concordou com o posicionamento do representante e informou que o edital será devidamente reformulado, conforme trecho abaixo reproduzido:

“Em atenção ao pedido de impugnação impetrado pelo Sr. Nicolás José Rossi da Silva, temos a responder: Acataremos o recurso do impugnante e faremos alteração no TR, aceitando que a responsabilidade técnica operacional e técnico profissional tenha profissionais de outros conselhos de classe, conforme consta da impugnação.

Do novo edital de Pregão Presencial nº 479/2022², publicado em 22 de setembro de 2022, verifica-se a redação devidamente alterada:

1.3 DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

1.3.1 CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL:

(...)

- c) Registro da licitante no **Conselho de Classe pertinente, seja de Medicina, Farmácia, Biologia ou Biomedicina, conforme art. 30, I, da Lei 8.666/1993, Portaria Estadual nº 407 de Maio de 2002, anexo, item III.3.2).**

1.3.1 CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL:

² <https://www.siga.es.gov.br/sgc/faces/pub/sgc/central/EditalPageList.jsp>

a) Comprovação de possuir em seu quadro permanente, profissional devidamente reconhecido pelo **Conselho Regional de Medicina, Farmácia, Biologia ou Biomedicina**, com formação na especialidade indicada no Anexo I, e que seja detentor de no mínimo 1 (um) **atestado de responsabilidade técnica** por execução de serviços de características semelhantes à especificação do Lote disputado, devidamente carimbado e assinado pelo órgão ou entidade pública ou privada declarante, de acordo com RDC 302 de 13/05/05, item 5.1.2.

Assim, em relação ao presente questionamento, considerando o atendimento da representação, resta prejudicada a análise dos requisitos para concessão de medida cautelar.

2.2 – DA EXIGÊNCIA DE ESTRUTURA FÍSICA RESTRITIVA DE 100 KM DO HEMOCENTRO COORDENADOR

Segundo o representante, a cláusula 2.2 do Edital do Pregão Eletrônico 479/2022 infringe o artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 quando determina que os serviços devem ser prestados a, no máximo, 100 km do HEMOES, pois *“além de diminuir a competitividade, onera demasiadamente os cofres públicos sem uma justificativa técnica, já que para este tipo de exame o correto seria solicitar o tempo de resposta para realização dos exames”*.

Vejamos a referida cláusula:

2 - DO OBJETO

2.1 - O objeto deste Pregão é a **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE EXAMES DE IMUNOFENOTIPAGEM E CITOGÊNÉTICA**, conforme especificações do Anexo I do presente Edital.

2.2 - Os serviços serão prestados no seguinte local:

(a) A área de abrangência da contratada deverá ser de no máximo 100 km do HEMOES, a fim de evitar perda de viabilidade da amostra coletada.

Em relação à presente alegação, o Secretário de Estado de Saúde respondeu nos seguintes termos:

(...) Vitória, apesar de ser uma capital situada na região sudeste do País, possui uma malha aérea com pouca disponibilidade de voos diretos, com muitos cancelamentos de voos, gerando uma necessidade de limitar o raio de atuação da empresa a ser contratada de modo a permitir o transporte terrestre quando de acontecimentos como os citados. Em experiências anteriores de aquisição de exames com esta natureza e característica, problemas com o transporte sempre foram frequentes, levando a prejuízos financeiros e principalmente prejuízos ao paciente, tanto em relação à necessidade de coleta de exames como em relação a atrasos no diagnóstico. Desta forma, não há como prescindir do solicitado.

Ademais a justificativa de custo não se sustenta, pois de acordo com o termo de referência, o custo de envio de amostras é do contratado, assim, distâncias maiores exigirão logística mais onerosa, podendo representar parte importante do preço final do serviço pretendido.

Do novo edital também conta justificativas para a adoção do critério limitador da distância entre o HEMOES e o prestador dos serviços, nos seguintes termos:

ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA

1 - DO OBJETO

1.1 CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE EXAMES DE IMUNOFENOTIPAGEM E CITOGENÉTICA conforme descrição, condições, quantidades, exigências e estimativas adiante indicadas:

(...)

2. DO DETALHAMENTO DO OBJETO

(...)

2.2 DA JUSTIFICATIVA

Estipulamos um raio determinado de localização do laboratório executor dos exames, pois, ressaltamos a pobre malha aeroviária do Estado, sendo muitas vezes necessário o transporte terrestre das amostras. Distâncias maiores podem aumentar muito o custo de envio de amostra, bem como propiciar atrasos e principalmente podem ocasionar perda da amostra, o que seria um prejuízo imensurável ao paciente.

Os exames deverão ser alocados em lote único, porque serão realizados na mesma amostra, geralmente de medula óssea, e desta forma, não podem ser encaminhados para locais distintos.

Assim, da justificativa acima temos que o edital foi elaborado prevendo que o prestador dos serviços deve estar estabelecido a, no máximo, 100 quilômetros do HEMOES, devido a malha aeroviária do estado ser, por vezes, escassa, fato que pode causar a perda do material coletado para exames.

Utilizando-se da mesma jurisprudência trazida aos autos pelo representante, verifica-se que havendo justificativa técnica, o local para a prestação dos serviços poderá ser estabelecido pelo edital:

“I – Exigência de estrutura física, na localidade onde os serviços/bens serão prestados/fornecidos.

Essa exigência só poderá ocorrer quando for tecnicamente justificável, e se necessário para garantir a qualidade no atendimento à contratante, em vista da natureza do objeto da licitação. Com efeito, as circunstâncias que levam

a essa limitação de participantes no certame devem estar comprovadas nos autos. **(TCU, Acórdãos 26/2007 – Plenário; 703/2007 – Plenário; Acórdão nº 1296/2017-Plenário)**”

Assim, ainda que cláusulas que restrinjam a competitividade do certame sejam consideradas irregulares, quando apresentam razões em busca de bem maior (nesse caso, a saúde da população) podem ser estabelecidas pelo edital.

Nesse sentido, o estabelecimento da restrição impugnada - determinação de distância máxima entre o tomador e o prestador dos serviços, não representa, a princípio, fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio.

Assim, considerando que são requisitos cumulativos para a concessão de medida cautelar a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e que, no presente caso, não restou comprovado o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio, **opina-se pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada.**

Assim, corroborando com a referida Manifestação Técnica, entendo ser inapropriado o deferimento da medida cautelar pleiteada, visto não terem sido demonstrados os requisitos autorizadores, quais sejam: fundado receio de ofensa ao interesse público e risco de ineficácia de decisão de mérito.

Para a concessão de medida cautelar, se faz necessário o preenchimento cumulativo de dois requisitos, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, que se traduzem, em síntese, como a probabilidade do direito alegado e o prejuízo da demora quando não deferido o direito pleiteado, premissas essas que não se apresentam na Representação ora em análise.

Assim sendo, não restam verificados os requisitos necessários ao deferimento cautelar do pedido do Representante, o que culmina, portanto, no indeferimento do pleito.

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica, cuja fundamentação integra este voto independente de transcrição, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro relator

1. DECISÃO TC-3723/2022-8:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo relator, por:

1.1. INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR, nos termos do art. 307, §3º do RITCEES, porquanto não verificado o *fumus boni iuris* no caso em comento;

1.2. NOTIFICAR os responsáveis para que nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES, prestem as informações quanto aos itens questionados na Representação, no prazo de 10 (dez) dias;

1.3. DETERMINAR a tramitação do feito sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, assim que escoado o prazo de 10 (dez) dias para a prestação de informações pelos responsáveis, a fim de que esta Corte de Contas proceda à devida análise de mérito;

1.4. CIENTIFICAR o Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 03/11/2022 – 56ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador-geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente